

A “Sociologia do Tempo” e a Pena Privativa da Liberdade (*)

GEORGES SLIWOWSKI

Professor da Faculdade de Direito e
Administração da Universidade Nico-
las Copernic — Torun — Polónia.

À primeira vista, o título deste trabalho pode parecer estranho e até mesmo esquisito. Existe uma “Sociologia do Tempo”? Antes de ser empregada, essa noção nova deveria ser amoldada. É por esse motivo que a indicamos entre aspas, e passamos em seguida à sua explicação.

O fator tempo desempenha um papel imenso, na vida do homem — é uma verdade que não precisa de comprovação. Todavia, esse fator desempenha um papel não menos importante no Direito Penal, em planos diversos. Assim, inicialmente se nos apresenta a duração da pena privativa da liberdade, que se expressa em dias, meses ou anos (a menos que se trate de pena perpétua, caso em que, porém, tampouco está ausente o fator tempo); a seguir, a importância decisiva que a idade do autor de uma infração tem, quanto à sua responsabilidade penal; finalmente, o prazo de prescrição, estabelecido — também ele — com base no decurso de um certo tempo após a perpetração da infração.

É o primeiro desses aspectos — deixamos claro desde logo — que vai nos interessar exclusivamente. Trata-se de estabelecer a duração de uma pena privativa da liberdade (qualquer delas, se determinada legislação comina várias penas desse gênero), de parte do legislador. Trata-se de observações que levam a descobrir se o legislador tem plena liberdade para estabelecer os limites temporais de tal pena, ou se certos limites lhe são impostos pela “natureza das coisas”. Impõe-se uma observação preliminar: evidentemente, o legislador está limitado pela própria duração da vida humana. A duração da vida humana torna ineludivelmente necessário que não seja cominada pena que vá além dela. Sem embargo, pode ser aplicada pena que dure a vida toda do condenado — é o seu limite definitivo. A previsão que certas legislações façam ou tenham feito de penas além de cem anos, não tem ou não tinha senão importância simbólica, sem expressar, de modo algum, efetiva duração das penas.

Essas observações preliminares são muito simples, por isso não há por que se aprofundar nelas.

(*) Trad. por Armida Bergamini Miotto.

Há, porém, algo mais, cuja análise será mais complicada. Trata-se de estabelecer o valor intrínseco do fator "tempo" para apreciar ou, melhor, para valorar a pena privativa da liberdade.

O tempo não é um valor absoluto, estável, insuscetível de mudanças. Não há tempo "absoluto". Há, apenas, um critério de ordem, para sistematizar a vida humana, para bem fixar a interdependência e a seqüência dos acontecimentos. Esse ponto de vista, aparentemente certo, tem valor fundamental quanto às observações subseqüentes.

Outra observação há, concernente ao modo de utilizar o tempo, e ao seu "ritmo" interior. Um certo lapso de tempo terá o mesmo valor para quem quer que seja? Para a criança, o adolescente, o jovem-adulto, o homem maduro, o ancião? É de, sobretudo, se perguntar se há equivalência do mesmo lapso de tempo em todas as épocas ou — talvez — esse lapso seja ou tenha sido sentido e vivido de maneira diferente nas diversas épocas ou períodos de tempo. Trata-se, principalmente, de estabelecer o valor específico do tempo vivido — eis o problema. Da sua solução dependem as observações ulteriores concernentes mais diretamente ao problema da pena privativa da liberdade, observações essas que podem ser de valor primordial, do ponto de vista da política criminal.

O problema se divide, pois, em dois subproblemas: o tempo e a idade do homem, e o tempo numa determinada época de uma determinada sociedade; vê-se, assim, desde logo, que o critério social não pode ser omitido. Com efeito, o tempo é também um valor social, que não fica submetido a apreciação puramente individual: a sociedade e a época em que alguém vive, configuram uma coisa só, pois o tempo deve ser vivido tanto pelo indivíduo como pela sociedade. Admitindo isso como verdade, a denominação um pouco estranha deste artigo será facilmente compreendida.

O primeiro subproblema não é complicado. O tempo, à luz do ponto de vista estritamente individual, é muito diferenciável. Um ano de diferença de idade entre as crianças, ou entre uma criança e um adolescente, é sentido de modo inteiramente diverso do que entre dois adolescentes ou entre dois homens maduros. Isso se deve ao desenvolvimento do organismo humano, sendo o processo de amadurecimento, na primeira época da vida humana, tão acentuado que um ano de diferença nele provoca diferenças nítidas e bem perceptíveis. Essa diferenciação corresponde ao tempo vivido pelo indivíduo, do que ele se dá conta perfeitamente, sabendo o que de mudanças um ano da sua vida lhe traz para a sua situação vital.

As conseqüências resultantes, no plano da pedagogia coercitiva (internação em estabelecimento de educação ou em casa de correção), são manifestas. A educação forçada tem de se ajustar a essas mudanças rápidas, a essas mutações inevitáveis e facilmente previsíveis; ela tem de ser, como, no passado, já foi dito tão acertadamente por H. Donnedieu de Vabres (falando especificamente da pena), semelhante a uma "roupa sob medida". Daí o imperativo de ser posto em liberdade, de certos esta-

belecimentos, em certa idade, além da qual a permanência se tornaria contraproducente. Daí, também — talvez —, a pena relativamente indeterminada, admitida por diversas legislações, para os jovens-adultos.

As observações, porém, relativas ao Direito Penal dos menores são apenas marginais; não cabem no centro do problema tratado.

Ocupar-nos-emos, como tema fundamental, da percepção do tempo em matéria de pena de direito comum aplicada aos maiores, e da repercussão dessa percepção sobre diversos problemas penitenciários.

Tem de ser desenvolvida, principalmente, a análise do problema do tempo vivido pelos condenados a pena privativa da liberdade. E aqui surge a necessidade de distinguir, conforme a atitude assumida pelo legislador, pelo juiz, pela administração penitenciária e pelo condenado.

Começemos pelo legislador. Afirmamos que não lhe interessa de modo algum o tempo vivido pelos homens condenados à luz de disposições promulgadas por ele. Mas isso não é de causar admiração. O reino do legislador está mergulhado na abstração. As tipificações do comportamento proibido mediante ameaça de pena, são amplamente abstratas, sendo consideradas mais perfeitas as disposições mais genéricas, portanto mais abstratas, despidas dos traços individuais que caracterizam os autores das infrações, e suas ações e omissões. Essa abstração necessária, imprescindível, para definir uma norma geral de comportamento anti-social, estende-se, por força das coisas, até alcançar, inclusive, a pena cominada, que virá a ser aplicada. Com efeito, a uma regra abstrata de conduta, devia necessariamente corresponder uma pena (privativa da liberdade) estabelecida entre certos limites que representam, pois, delimitações abstratas. Esse fato foi percebido, assim como os perigos que dele decorrem para a administração da justiça, quando se concebeu a idéia das penas a serem aplicadas indeterminadamente, que, afinal, não obtiveram a concordância da maioria dos legisladores, não constituindo, atualmente, mais que alguma exceção.

Devendo ter como base o meio termo, quanto à previsão da duração mínima e da máxima da pena, o legislador tinha de desviar inteiramente a atenção da idéia do tempo vivido pelos condenados, pois de outro modo não chegaria jamais a uma solução jurídica na fixação dos limites da mesma pena. Aliás, não é de esquecer que essa duração, mesmo hoje em dia, é baseada na idéia de retribuição e repressão. É apoiando-se na valoração negativa do comportamento criminoso, que o legislador estabelece essa duração, e não porque ele considere que um certo período de tempo seria necessário para o reajustamento do delinqüente. Se a idéia de uma pena educativa e ressocializante abre um caminho seu, é somente — por assim dizer — no âmago da pena aplicada com fundamento numa disposição que, estabelecendo seus limites, não levou em conta senão o perigo social do fato criminoso e, secundariamente, do perigo que emana da personalidade do seu autor. No fundo, porém, dessas considerações, encontra-se sempre a reprovação de certa conduta, como termo de comparação com o tanto de pena cominada pelo legislador. Ponhamo-nos,

por um momento, no lugar daqueles que elaboram as leis penais, que fazem os códigos. Ao fixar os limites da pena de prisão, por exemplo, para duas infrações diferentes, eles se colocam no plano da reprovação moral e social dessas modalidades de conduta, o que evidencia, necessariamente — pelo menos em grande parte —, um juízo de valor de caráter retributivo, tanto quanto punitivo e repressivo, fundado num sentimento de convicção moral negativa. É principalmente a escala comparativa das penas previstas para as diversas infrações, que prova a veracidade desta tese.

Pode-se, entretanto, notar, desde já, há algum tempo, nos legisladores e nos futuros legisladores, certa tendência a, mais do que dantes, se aperceberem de que eles também devem levar em conta o tempo vivido pelos condenados. Sobre isso voltaremos a falar adiante, no momento oportuno. Essa tendência é devida a certa reconsideração a respeito do tempo vivido pelos condenados, reconsideração essa que, feita no plano sociológico, é tão profunda que atingiu também os legisladores.

Parece que a atitude dos magistrados é ou deve ser um pouco diferente. É a eles que toca descer das alturas de uma apreciação abstrata, tão característica dos legisladores, para o nível da apreciação do fato individual e seu agente. Eles não julgam um homem médio, mas dado homem em concreto, tal, qual ele é, na amplitude dos seus traços individuais e da sua personalidade. Além disso, eles têm, de modo muito especial, toda a possibilidade e todos os meios (pelo menos teoricamente) para conhecer a personalidade do "seu" delinqüente, e aprofundar esse conhecimento, a fim de aplicar a justa quantidade de pena — justa não somente do ponto de vista repressivo, como também e sobretudo, para as boas finalidades de revalorização social do criminoso. Eles, os juízes, têm, pois, um conceito do fator "tempo", diverso daquele que os legisladores têm, e, por estarem mais próximos do ser humano confiado ao seu julgamento, eles se apercebem ou, pelo menos, deveriam se aperceber, do "tempo vivido" por aqueles que eles condenam a penas mais ou menos longas, tempo esse, de privação da liberdade, que constitui fator essencial da sua vida.

Essa hipótese, porém, é em grande parte teórica, pois a atitude dos juízes se concentra muito mais na apreciação do fato, e muito menos — senão de modo algum — na apreciação da personalidade do criminoso. Sua formação jurídica e judiciária se assenta principalmente nos métodos clássicos do ensino do Direito Penal. As noções de Criminologia, profundas ou mesmo elementares, não são do seu conhecimento. Seu contato com o acusado é muito curto, sendo que freqüentemente se limita à breve duração da audiência. Assim, pois, a divisão do processo em duas fases, isto é, a **prova** e a **sentença**, seria incontestavelmente preferível, de vez que facilitaria, pelo menos para certas categorias de delinqüentes, melhor aproximação deles aos juízes que decidem a sua sorte, ao mesmo tempo que, de parte dos magistrados, haveria melhor compreensão dos indivíduos submetidos à sua jurisdição, e da personalidade deles, o que permitiria melhor percepção do tempo vivido. Essa divisão,

porém, é dificilmente realizável, já porque, na prática, esbarra sempre com obstáculos intransponíveis.

As conquistas da Criminologia Clínica são, a seu turno, pouco conhecidas pelos juizes, havendo magistrados para quem essa expressão parece quase incompreensível. Apesar do célebre dito de VON LISZT, de que se pune o autor e não o fato delituoso, o que ainda acontece na maioria dos países é que se julga sobretudo o fato, julgando-se o autor exclusivamente com fundamento no fato. Tal é, infelizmente, a verdade.

Todavia, aqui também se esboça claramente uma importante mudança: é a que diz respeito aos magistrados a quem foi confiada a supervisão da execução da pena privativa da liberdade, quer sejam eles denominados Juizes de Supervisão (Itália), Juizes de Execução Penal (França) ou Juizes Penitenciários (Polônia). Em razão das suas atribuições, eles se situam no centro da ação ou do tratamento penitenciário. Estão — ou deveriam estar — junto do condenado enquanto ele cumpre a sua pena. Incumbe-lhes — conforme disse o Presidente ANCEL, no Simpósio de Siracusa (março de 1973) (1), dedicado ao papel do juiz na sociedade moderna — encetar o diálogo com os condenados. Não podem desempenhar as suas funções senão tomando profundo conhecimento da vida do condenado no estabelecimento penitenciário, e podendo, assim, se dar conta do ritmo do tempo vivido por ele.

Vem, em seguida, a administração penitenciária. Também aqui pode-se verificar que houve um passo adiante. Não vai nisso nenhum mérito da referida administração, uma vez que isso acontece por causa da sua missão, da sua incumbência específica, de executar a pena. Os guardas, os educadores, o pessoal de ensino, os chefes de divisão, os diretores e seus adjuntos, passam parte da sua vida dentro da prisão. Em termo sociológico, realizam uma observação participante; entretanto, é mais do que uma observação que, como tal, é parcial ou totalmente artificial, planejada e realizada com a finalidade de conhecer e verificar certos acontecimentos ou certas hipóteses. Ao contrário, os profissionais da administração penitenciária vivem, com os presos, verdadeira e autêntica vida carcerária (expressão essa, quase de "outra época", evocando triste passado, mas ainda empregada por falta de outra melhor).

Não é nosso propósito abordar os diversos problemas de relações mútuas entre os presos e a administração penitenciária. Esse problema toca à Sociologia Penitenciária, novo ramo da Sociologia, importante e de grande atualidade, cuja bibliografia parece que já é volumosa(2). Quiséramos somente que se percebesse que os funcionários dessa administração estão situados tão perto do condenado, que podem observá-lo e chegar a conhecer profundamente a sua personalidade. Poder-se-ia

(1) Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, de Siracusa. Atas do Simpósio.

(2) Para não citar senão alguns: Clemmer, in Johnston N. et al., *Sociology of Punishment and Correction*, New York, 1962; M. Lette, "Ecologie carcérale: observations sur la structure hiérarchique d'un milieu fermé". *Annales internationales de criminologie*, 10 (2), 1971, pp. 377-383; H. F. Ellenberger, "Nouvelles vues sur la socio-psychologie de la prison", *Critère*, 4, juin 1971, pp. 199-210; J. Pinatel, *La société criminogène*, Paris, 1971, pp. 193-196; G. M. Sykes, *The Society of Captives*, New York, 1958; E. H. Johnson, *Crime, Correction and Society*, Homewood, Ill. 1969, pp. 506 e segs.

mesmo dizer, mantida certa reserva, que seu tempo se assemelha ao tempo vivido pelos presos. Com efeito, passam junto grande parte do dia, em condições de relacionamento mais ou menos direto, variando, naturalmente, conforme a natureza do serviço dos funcionários.

Entretanto, aqui também é preciso fazer algumas reservas. É verdade que o funcionário passa longas horas junto ao preso. Ele está no mesmo edifício, respira o mesmo ar do estabelecimento; sua jornada de trabalho está dividida de modo análogo à do preso. Assim mesmo, porém, uma diferença essencial, enorme, se apresenta indiscutivelmente: o funcionário sabe, com efeito, que tem hora certa para sair da prisão e retomar a sua vida no seio do mundo livre; sabe que vai ver a sua família, podendo consagrar-se a um trabalho suplementar ou prosseguir na sua própria formação, continuando seus estudos ou, ainda, ter bons lazeres. Essas alternativas não existem ou só existem para escasso número de condenados que tenham de viver ininterruptamente o jugo do ambiente penitenciário.

Chegamos, finalmente, ao preso e à sua percepção do tempo, do tempo que é vivido por ele, e que ninguém senão ele mesmo, poderia sentir, pois que é ele somente que está em situação de privação da liberdade, o que se traduz pelo transcurso de certo tempo em situação coercitiva, acabrunhadora e artificial (*).

O estado psicológico do preso não pode ser sequer parcialmente aqui comparado com o do funcionário do serviço penitenciário. O célebre penologista norte-americano T. MOTT-OSBORNE, quando diretor de uma prisão, determinou que o prendessem e fosse tratado como qualquer preso, durante uma semana (4); assim procedeu ele por compreender que, de um lado, o chefe da administração penitenciária deve conhecer a fundo a psicologia do homem privado da liberdade, e que, de outro lado, esse conhecimento não é adquirido só pelo fato de exercer atividades no estabelecimento. Mesmo, porém, experiências como essa jamais poderão preencher o gigantesco fosso que existe entre a psicologia do funcionário de uma prisão e a do preso. Nem mesmo quem se deixa prender deliberadamente, com a finalidade específica de sentir o "gosto amargo" da privação da liberdade, poderá jamais se colocar numa situação psicológica análoga à do "verdadeiro" preso, pois não pode se desembaraçar da consciência de que ingressou na prisão por sua própria vontade, daí por que a experiência é inteiramente artificial.

A "verdadeira" vida penitenciária de um condenado exige a plena consciência de ter ingressado na prisão contra a própria vontade, e que (em princípio) não poderá ser posto em liberdade antes da expiração do prazo da pena que lhe foi aplicada, o que significa que a sua situação é inexorável. O condenado está sujeito aos efeitos coercitivos da sua prisão; está encurralado num espaço limitado, e submetido a um regu-

(3) Nesse sentido foram feitos estudos, em Israel, por M. Simha F. Landau (*The effect of Institutionalisation on the Time-Sense of Prisoners*), mas os resultados não são conhecidos; ver também E.H. Johnson, *Crime, Correction and Society*, op. cit., pp. 501-503.

(4) T. Mott-Osborne, *Within Prison Walls*, New York, 1914.

lamento como um subordinado. Sente-se rejeitado pela sociedade, e vive a vida de um homem acuado e perseguido. Nessas condições é que vive o tempo da sua pena. Para ele, esse tempo é um pesadelo, e conta os meses, os dias que o separam da liberdade. Sente-se fora da sociedade que o expulsou. Tudo isso pesa quanto à valoração do tempo vivido pelo condenado, dentro de um estabelecimento penitenciário.

A pena privativa da liberdade tem sido — verificação que poderia parecer estranha — raramente analisada a fundo, no que tange aos seus valores psicológicos pormenorizados (5). Este estudo não seguirá o caminho que poderia oferecer oportunidade para muitas descobertas suplementares; contemplará somente o princípio de que a prisão é a privação da liberdade humana, o que constitui a contrapartida da mesma liberdade. Daí poder-se facilmente deduzir que a perda dessa liberdade será tanto mais dolorosa quanto a liberdade for cheia de promessas, rica de esperança, de perspectivas e alternativas — enfim, mais apreciável. Por outro lado, essa perda há de ser tanto mais sentida quanto as condições da vida na prisão difiram do estado de liberdade de um homem livre. Como, porém, as condições de vida dentro de um estabelecimento, são, em princípio, semelhantes (evidentemente, conforme as categorias indicadas pela lei), o elemento preponderante continuará sendo principalmente o apreço que o homem privado da liberdade tem pelo estado livre — apreço “objetivo”, conforme sejam as oportunidades que essa liberdade lhe ofereça realmente. Com efeito (mas isso, atualmente, parece ter significação puramente histórica, pois as condições de vida têm mudado, elevando-se consideravelmente o seu nível) o apreço por essa liberdade “externa” tem sido, por vezes, tão negativo, que tem havido indivíduos capazes de cometer infrações, com a finalidade exclusiva de ingressar na prisão, para ali encontrar abrigo; assim têm procedido vagabundos, mendigos e outros miseráveis (ver *Crainquebille*, de Anatole France), não, porém, pessoas que saibam apreciar e escolher, embora a escolha feita traia toda a miséria da sina delas.

A liberdade humana não consiste somente numa situação estável, inatingível pelas mudanças que estão além dela. Consiste, sim, em poder dispor livremente dos próprios bens, na faculdade de se locomover, de escolher (em certa medida) as situações preferíveis, de tomar as necessárias iniciativas a fim de realizar os próprios planos. Em todas essas alternativas, o fator tempo aparece como sombra fiel da liberdade.

Realmente, a liberdade tem sentido estático e dinâmico. Seu ponto de partida é o momento atual, mas ela jamais pode fazer abstrações do futuro humano. A vida do homem não se resume jamais em um instante único da vida atual; desde a sua infância, ele está acostumado a perceber o porvir do amanhã. A escolha continua a que está entregue (dos brinquedos, do lazer, das ocupações preferidas, da profissão, do cônjuge, da conduta — social ou anti-social) se relaciona sempre, de um modo ou de outro, ao seu futuro. O futuro é o tempo que a gente viverá amanhã.

(5) P. Cannat, *La reforme pénitentiaire*, passim.

Poderá, esse tempo, ser mais ou menos promissor, mais ou menos rico de oportunidades alternativas. Se considerarmos o fator tempo no seu "ser", isto é, no dia do momento atual e do futuro, poderemos deduzir que a perda da liberdade é tanto mais aflitiva para o condenado, quanto o tempo a ser vivido em liberdade seja mais rico e lhe ofereça mais possibilidades de existência, de desenvolvimento, de perspectivas.

Começamos dizendo que o tempo não tem valor absoluto, tudo dependendo das alternativas da sua utilização. Voltamos a essa tese. Verificamos que, desse ponto de vista, o tempo atual não é de modo algum comparável aos tempos de épocas passadas. Uma simples olhadela comparativa pode comprová-lo. Dantes, ia-se de diligência, de uma aldeia para a cidade, gastando, em tal excursão, muitas horas de ida e volta, freqüentemente o dia inteiro, o que significa mais tempo do que hoje é preciso para atravessar o Atlântico, de avião. Para nossos contemporâneos, a viagem de trem se destina somente a quem não tem pressa e pode se permitir considerável perda de tempo; as pessoas que dão valor ao seu tempo, viajam de avião. A ciência da medicina, a imunologia e a higiene têm sabido prolongar notavelmente a duração da vida humana. Nos últimos decênios, a técnica e a ciência têm multiplicado vertiginosamente seus resultados e suas conquistas, sem termo de comparação no passado. Tudo isso prova que a humanidade contemporânea tem vivido e vive seu tempo, de maneira completamente diversa do que ocorria com os nossos antepassados. Quanto a isso, a democratização tem constituído importante alavanca: democratização política, social e econômica. Inventam-se os mais diversos meios para integrar os deficientes e aleijados. A geriatria parece, às vezes, que opera milagres, enquanto que a idéia de hibernação de organismos humanos, a fim de poder "ressuscitá-los" em futuro mais ou menos próximo, que hoje se apresenta como fantástica, poderá, sem embargo, tornar-se uma ciência do amanhã; de qualquer modo, essa idéia comprova a meta do pensamento humano, de prolongar a vida, tornando-a mais rica, mais frutífera e atraente. Todas as conquistas da técnica e da ciência conduzem a esse alvo. Elas denunciam uma luta encarniçada, mas propícia e vitoriosa, com o fator tempo, tornando-o mais útil ao homem, dando-lhe melhores condições para realizar suas mais audaciosas esperanças. Esse fator tempo, Saturno implacável e sombrio de ontem, se transforma lentamente, sem desistir do seu domínio sobre a destinação definitiva do homem; faz-se seu aliado, permitindo-lhe conquistar, durante sua vida, grande riqueza de conhecimentos, de experiência, de bens, de deleites, assim como de verdade.

Em conclusão, é preciso dizer: o tempo atual não pode ser comparado ao tempo de épocas passadas, por ser mais rico, mais favorável, mais ponderável, mais diverso e altamente apreciável, do ponto de vista sociológico, do que seu avô, o tempo dos nossos avós.

E aí está explicado o verdadeiro conteúdo dessa noção "misteriosa", por nós denominada "Sociologia do Tempo". Cuidemos agora de colher proveito das observações anteriores, a fim de evidenciar a influência que

o novo valor do fator tempo pode ter no domínio da responsabilidade humana, mais precisamente quanto às regras das penas previstas pelo legislador, e respectiva execução.

A “fertilização” do tempo vivido eleva a sua valorização. O condenado a uma pena privativa da liberdade é mais sensível à perda que sofre, porque sabe, apesar de todas as possíveis falhas sociais, qual é o real valor do “tempo da liberdade”. Quanto mais o tempo da liberdade for valorizado — e o é cada vez mais — mais a sua perda é dolorosa e acabrunhadora, e a pena, pois, é sentida como mais repressiva e mais severa. Essa tese pode explicar muitas coisas. Em primeiro lugar, a clemência de muitos juizes que se limitam a proferir sentenças relativamente indulgentes, supondo que, dadas as mudanças da época (isto é, a mudança de valoração do tempo), elas podem ser consideradas como substitutivos das penas muito mais severas do que as de outrora; a seguir, a sensibilidade, de modo algum diminuída, de parte dos condenados, *quanto à perda da liberdade de que foram privados. Com efeito, as pessoas são muito sensíveis a penas privativas da liberdade, embora as modalidades da sua execução sejam com freqüência extremamente liberalizadas, e a pena privativa da liberdade, contemporânea, muitas vezes se transforme em simples restrição de liberdade (trabalho externo, execução da pena em semiliberdade, prisão descontínua). A liberdade se tornou, talvez subconscientemente, mais preciosa, pois atualmente o seu tempo é mais “caro”, de sorte que mesmo um “fiapo” dela que seja eliminado pela condenação, é valorado pelo condenado, como dantes, há poucos decênios, era valorada uma pena privativa severa, integralmente executada. Não deixa de ser uma consolação para aqueles que deploram o enfraquecimento da repressão e o, assim chamado, aniquilamento da ação punitiva (da função intimidativa da pena)...*

O enriquecimento do tempo vivido (em liberdade) acarreta conseqüências profundas quanto à pena privativa da liberdade. Na medida em que a perda da liberdade é sentida mais afilivamente, a pena é considerada mais severa e mais repressiva. A oscilação e o equilíbrio desse mecanismo parecem totais.

Se fosse admitida a tese de uma revalorização do tempo em liberdade, e de aumento desse valor para o homem ameaçado de perdê-la, dois fenômenos haveriam de decorrer, no plano da política criminal dos legisladores; são dois fenômenos que, aparentemente opostos, tendem, entretanto, ao mesmo fim, principalmente a concentração da pena privativa da liberdade em duplo sentido: o rebaixamento do máximo das penas cominadas pelo legislador, e a eliminação das penas de curta duração. Essas conseqüências parecem contraditórias, mas isso é só ilusão.

Procuremos analisá-las separadamente.

Essa concentração ou “compressão” provocaria em primeiro lugar a abolição das penas de muito longa privação da liberdade. Impõe-se, porém, uma observação preliminar. O problema se apresenta de maneira diversa nos países que aboliram a pena de morte, e naqueles que a

conservaram. O mesmo se poderia dizer dos países que conservam a prisão perpétua, mas nesse caso a questão parece apresentar-se de modo um pouco diverso. Com efeito, se uma legislação tiver abolido a pena de morte ou a de prisão perpétua, pode entender que deve conservar penas de longa duração, supondo que a abolição dessas seria inteiramente inoportuna. Se, ao contrário, tiver sido conservada a pena de morte, a questão da redução do máximo da pena privativa da liberdade cominada, permanece aberta. Limitamo-nos a essa observação, sem poder nem sequer entrar noutro aspecto da questão, isto é, o da abolição ou conservação da pena de morte.

Há também países que, tendo conservado a pena de morte, aboliram, em princípio, a prisão perpétua (códigos dos países socialistas), como por exemplo o Código Penal polonês (1969) ⁽⁶⁾, o qual, tendo abolido a pena de prisão perpétua, prevê, em casos expressamente indicados pela lei, uma sanção de vinte e cinco anos de privação da liberdade ⁽⁷⁾. Isso é característico de dois pontos de vista. Em primeiro lugar, porque o juiz está autorizado a substituir por essa pena, a de morte, que é a cominada para o crime ⁽⁸⁾; a seguir, porque o máximo legal da pena privativa da liberdade é fixado em princípio em quinze anos ⁽⁹⁾. A pena de vinte e cinco anos continua sendo exceção, de vez que está além do máximo habitual. Pode-se discutir se a pena de vinte e cinco anos de privação da liberdade difere muito da prisão perpétua, da qual não seja senão um disfarce, nem mesmo — pelo menos teoricamente — nos casos em que, estando rebaixado o máximo, se manifesta o princípio da concentração.

Pode-se também observar — como já mencionamos — certa tendência, de parte dos legisladores ou dos autores dos projetos de códigos penais, a rebaixar o máximo da pena. Alguns códigos socialistas fixam, em princípio, o máximo de dez anos (salvo para as infrações mais graves, elevando-se, então, a quinze anos ou mais), deixando, sempre, ao juiz a faculdade de aplicar uma pena de vinte ou vinte e cinco anos (conforme o código), nos casos excepcionais (evidentemente assim previstos pela lei). O Código Penal sueco (1962) fixa o máximo em dez anos (cap. 26, seção 1), mas comina, também, prisão perpétua.

Essa tendência legislativa não pode — na nossa opinião — ser explicada senão pela compreensão, por todos que se ocupam da luta contra a criminalidade, de que a vez das penas de muito longa duração já passou, e que a recém-mencionada tendência não poderia deixar de interessar aos legisladores ou aos autores dos projetos de códigos e leis.

A tendência de abolir as penas de muito longa duração, porque não mais correspondem às exigências da época (tendo em vista uma diversa “valoração” do tempo vivido), deve ser saudada por outros motivos também; isto é, podemos verificar a feliz coincidência dos motivos aqui

(6) Tradução francesa. Edição do Ministério da Justiça polonês, Varsóvia, 1970.

(7) Art. 30, § 3.º

(8) Disposição citada (art. 30, § 3.º, Cód. Penal).

(9) Art. 32, § 1.º, Cód. Penal.

expostos, com argumentos de pedagogia penitenciária de data recente, coincidência essa que depõe em favor das nossas idéias.

A pedagogia penitenciária tem demonstrado que os efeitos educativos da pena de prisão só podem manifestar-se até certo limite de duração da pena; além desse limite, os efeitos serão nulos, sendo mesmo de temer um retrocesso. É verdade que os douts não estão de acordo quanto a esse limite; alguns acreditam que está entre três e quatro anos, enquanto outros o situam ao redor de cinco anos ou mesmo mais, sempre, entretanto, aquém dos dez. De qualquer modo, se a pena privativa da liberdade não ultrapassasse os dez anos, estaria assentada sobre a base de uma nova "filosofia penal", e confirmaria todos os postulados da pedagogia penitenciária. Nos casos extremos (onde a legislação não comina penas de severidade máxima, como a de morte e a de prisão perpétua), para expressar a maior reprovação, o ferrete, poder-se-ia recorrer a esse novo máximo, pois nesses casos, os argumentos de pedagogia penitenciária não contam.

Tal rebaixamento do máximo da cominação da pena privativa da liberdade, que hoje ainda se encontra no centro da administração penal (embora em certos países ela já constitua menos da metade do total das penas aplicadas), faria com que dita pena melhor se conformasse com as idéias modernas, e fosse mais humana sem ser menos eficaz, correspondendo melhor às exigências da "défense sociale nouvelle" (10).

Contudo, a idéia da concentração abrange também um segundo elemento que está, aparentemente, em oposição ao primeiro, recém-analisado, que é o de eliminar — pelo menos em boa parte — as penas privativas da liberdade de curta duração.

O caráter nocivo, do ponto de vista penitenciário, das penas privativas da liberdade de curta duração é tão manifesto, que não é preciso demorar-se no exame do problema. Evidentemente, é impossível eliminá-las de um todo, pois que devem permanecer como meios, por assim dizer, de "terapia de choque", principalmente nas suas formas de prisão de fim de semana. Quanto, porém, às situações que não exigem tal procedimento, é desejável substituí-las por outras penas, restritivas, somente, de liberdade (nesse sentido, exemplo interessante é dado pela pena de "limitação de liberdade", prevista no Código polonês de 1969) (11) ou por penas pecuniárias.

Um argumento decisivo contra as penas de prisão, e que leva em conta os motivos que se prendem ao moderno critério de valoração do tempo, é o seguinte: as penas de curta duração correspondem a um período de tempo muito breve, fator esse (tempo vivido) tão precioso na vida atual, que não é admissível usar de um pequeno lapso de tempo como elemento essencial da pena. Esse breve lapso de tempo, por mais que seja curto, subtrai o condenado do seu ambiente social habitual,

(10) Ver, sobre o assunto, K. Peters, *Grundprobleme der Kriminalpaedagogik*, Berlin, 1960; J. Hellmer, *Kriminalpaedagogik, eine Einfuehrung in ihre Probleme*, Berlin, 1959; J. Pinatel, *La société criminogène*, op. cit. pp. 211-213.

(11) Arts. 33-35, Cód. Penal.

da sua vida familiar e profissional, desintegra-o socialmente, levando-o, muitas vezes, à falência humana. É preciso, pois — é uma necessidade imperiosa —, recorrer, nesses casos, a meios diferentes, a penas diversas, que é preciso “achar”, excogitar, para não ficar no mundo das idéias retrógradas, inoperantes, ineficazes, que não se coadunam com o ponto de vista de humanização.

Esboça-se, assim, a importante idéia (segundo nosso ponto de vista) da concentração da pena privativa da liberdade, com base e apoio na nova concepção de valoração e valorização do tempo vivido.

Não seria, porém, oportuno terminar estas observações sem acentuar uma circunstância e condição muito importante.

A idéia da concentração da pena privativa da liberdade provoca, como conseqüência, uma elevação (em princípio, salvo exceção) do mínimo e o abaixamento do máximo das penas cominadas. A cominação poderia, pois, situar-se entre os limites de seis meses (ou um ano, conforme a preferência dos legisladores), e dez anos (ressalvada a necessidade de inflingir penas mais severas, em casos extremos). Desse modo, o processo de privação da liberdade estaria escoimado de um sem-número de condenações a penas de curta duração, ou relativamente curta, aplicadas por infrações mais ou menos fúteis. Seu máximo de cominação seria consideravelmente reduzido.

O objetivo penitenciário da pena deveria ser alcançado dentro desses limites ou, de qualquer modo, deveriam ser postos em ação todos os meios para alcançá-lo. Tal é a contrapartida necessária para a reforma projetada. Isso, entretanto, obriga a uma profunda reforma dos serviços penitenciários, pondo de parte os outros aspectos e os outros problemas da mesma reforma, desde que tenham cunho geral, não relacionado com a tese preconizada neste trabalho.

Todos nós conhecemos o caráter de imperfeição desses serviços, em muitos senão em todos os países (com algumas raras exceções talvez). A causa está no recrutamento errôneo (freqüentemente são recrutados de preferência antigos militares ou policiais), na falta de treinamento e formação, previamente necessários, bem como condições econômicas pouco satisfatórias.

A execução da pena privativa da liberdade deve, onde isso seja possível, alcançar os objetivos indicados pela pedagogia penitenciária, que devem constituir o alvo de cada pena desse gênero, apesar da escassez de “chances” de reeducação que se verifique em certos casos. Ora, para que isso possa ser possível, deve reinar no estabelecimento uma atmosfera adequada, que, aliás, talvez seja o mais importante fator que nos falte. De qualquer modo, o que ocorre é que, com muita freqüência, em não poucos países, os serviços penitenciários encaram, como sua principal tarefa, a vigilância da segurança, e não a supervisão do tratamento; falta-nos um equilíbrio adequado entre ambas as tarefas. Não é de se espantar, porém. Com efeito, a sombra funesta do velho adágio

romano "carcer servit ad continendos homines non ad puniendos", durante tanto tempo observado, continua, ainda atualmente, suspensa sobre o funcionamento de estabelecimentos penitenciários que se têm na conta de estar de acordo com as exigências modernas.

Tal estado de coisas deverá desaparecer definitivamente, se quisermos tirar proveito dessa reforma que, fundamentando-se na idéia de valoração do tempo vivido, quereria concentrar nos estabelecimentos somente aqueles que tenham absoluta necessidade de tratamento em regime de prisão; os outros seriam tratados em liberdade vigiada ou se lhes infligiriam penas diversas da privação da liberdade.

Com efeito, não basta construir novos estabelecimentos; o essencial é mudar a atitude dos antigos guardas — de nada adiantaria limitar-se a trocar sua denominação pela de "educadores". Já tem sido demonstrado que, para pôr em prática um tratamento penitenciário adequado, não é, de modo algum, necessário construir novas prisões, e que, mesmo nas antigas, o tratamento penitenciário moderno pode ser introduzido, sob a condição expressa de uma nova visualização do preso (12).

Não se trata de uma reforma parcial ou suplementar. Há de ser uma reforma primordial e inelutável, se quisermos verdadeiramente **tratar** os condenados. O tratamento não é uma ação unilateral, mas um contato mútuo entre dois pólos: o sujeito ativo, representado pelo funcionário, e o sujeito passivo, que é o preso. A concentração da pena privativa da liberdade, que preconizamos, não demanda somente uma triagem quanto àqueles que devem, ineludivelmente, ser recolhidos à prisão para aí serem tratados, e quanto àqueles que podem permanecer no seu ambiente, submetidos a restrições, sem prisão; demanda também uma triagem quanto àqueles que possam dedicar-se ao serviço penitenciário, àqueles que para isso não têm aptidão.

Essa escolha deveria ser feita com base no conhecimento da personalidade do candidato, e do seu nível intelectual. Essa escolha, porém, não é senão uma providência inicial. O candidato deveria, a seguir, freqüentar, durante o tempo necessário, um curso de treinamento, teórico e *prático, com ensino de diversas disciplinas e estágios probatórios* nas tarefas da função. Sua formação jamais deveria ser considerada definitiva, mas, já como funcionário, deveria continuar freqüentando sucessivos cursos de aperfeiçoamento. Somente assim, com efeito, se poderia falar de serviço penitenciário com pessoal adequado — condição absoluta para uma reforma urgente, sem a qual a idéia da referida concentração da pena, apoiada na teoria do tempo vivido, seria inteiramente malograda.

É verdade que o tempo vivido pelo pessoal penitenciário e pelos presos, não é o mesmo, porque aqueles que pertencem ao primeiro grupo são pessoas livres, que prestam serviço ao estabelecimento, enquanto que os pertencentes ao segundo grupo, quer se queira quer não, são presos (a expressão é um pouco antiga, mas ainda adequada). Os fun-

(12) J. Sachs, "Introducing Modern Specialized Treatment in an Old Prison", *Bulletin de la Société Internationale de criminologie*, 2, 1960, pp. 330-340.

cionários penitenciários não vivem o tempo dos condenados, mas estão em condições de compreender o tempo vivido por eles, o que já é muito.

Seria preciso, enfim, fazer compreender a importância desse problema, ao juiz penitenciário (seja qual for a denominação que essa instituição tenha nos diversos países). Apercebendo-se do valor do tempo vivido pelo homem privado da sua liberdade, ele poderia ver sob outra luz, os diversos problemas que tem de resolver, pois é preciso que, no desempenho das suas funções de administrar a justiça penitenciária, ele leve em conta o valor desse tempo. Desse ponto de vista, suas funções se assemelham às dos funcionários dos serviços penitenciários; entretanto, com elas não se confundem, porque o juiz resolve certos conflitos e, como juiz que é, julga e decide. Observador participante que ele também é, dessa grave experiência constituída pela execução da pena privativa da liberdade, é-lhe facultado conhecer plenamente todos esses problemas que lhe compete resolver. Todavia, aqui também se impõe uma importante condição; isto é, ele deve ser realmente **participante** da vida do estabelecimento, e não simples visitante ou hóspede. Para isso, ele deve conhecer bem o ambiente penitenciário, e ter, também, profundos conhecimentos do conjunto de dados fornecidos pelas ciências humanas, para que a execução da pena seja acertada. É de se mencionar, aqui, a feliz iniciativa francesa, de organizar jornadas de juizes da execução penal, jornadas essas que têm contribuído, de modo essencial, para a evolução e para o progresso da justiça penitenciária. Somente então, é que se poderá falar de verdadeiro **juiz penitenciário**, e de uma justiça digna desse nome.

Estas observações valem como hipótese, suscetíveis, pois, de discussão. O objetivo específico deste trabalho consiste em provocar uma discussão fértil sobre um problema de importância capital, como é o do **tempo vivido do preso**, e sua valoração penitenciária. (**)

(**) O autor deste artigo, Mestre de todos nós que labutamos com execução penal e regimes penitenciários, não raro desperta a nossa atenção para algum aspecto ainda não contemplado pelo Direito Penitenciário. Desta vez, sem prejuízo da sólida argumentação lógica, nos acicata afetivamente, fazendo vir à tona aquela empatia que, pouca ou muita, está latente em cada um de nós, para compreender, na situação vital do preso, o valor do seu tempo vivido. Nesse modo de ver a questão, encontram-se, entre outros, fundamentos de ordem psicológica, sociológica, moral e jurídica, para colimar uma reformulação das penas privativas da liberdade e, ao mesmo tempo, adoção de outras formas de pena, sem prisão. Esse é um enfoque humano, da questão, muito diverso daquele, tão conhecido, de conteúdo meramente utilitário, isto é, que põe o fundamento da mencionada reformulação e da dita adoção, simples e puramente na necessidade de esvaziar as prisões superlotadas e de diminuir as enormes despesas com os estabelecimentos penitenciários.

O presente artigo, pois, é de muito alta significação e relevância. Merece ser lido, relido e meditado.

Sem embargo, como tradutora faço, data venia, um reparo. Isto é, o autor visualiza o condenado como "indivíduo" a ser "reeducado", "sujeito passivo do tratamento", o que não só vem expresso, como está subjacente, orientando e dando a tônica de diversas considerações básicas expandidas no texto. Entendo, porém, que à luz do Direito Penitenciário, o condenado não é simples "indivíduo a ser reeducado, sujeito passivo do tratamento", mas é "pessoa — sujeito de direitos e deveres, sujeito passivo, assim, do cumprimento da pena (ou da medida de segurança), enquanto tem de suportá-la, mas sujeito ativo, enquanto consciente e voluntariamente e com senso de responsabilidade, participa da dinâmica desse cumprimento", donde corolários e conseqüências diferentes das expandidas pelo autor, no que se refere à natureza, às funções e finalidades da pena (e das medidas de segurança).

Feito esse reparo, parece que não se pode deixar de admitir que o núcleo da tese exposta pelo Prof. Silwowski, no presente artigo, espelha uma realidade humana, sociológica e axiológicamente contemplada, independente de diferenças filosófico-jurídicas — motivo por que é válido e digno de consideração, bastando mudar ou modificar os revestimentos, conforme seja o caso — (Nota da tradutora).